

# Conversie onverenigbaar met de absolute nietigheid van ongeoorloofde kartelafspraken

Enige opmerkingen over de reikwijdte van de nietigheidssanctie van art. 101 lid 2 VWEU en art. 6 lid 2 Mw naar aanleiding van HR 18 december 2009, LJN BJ9439 (Prisma c.s./verweerders)

*Mr. E.-J. Zippro\**

## 1 Inleiding

In HR 18 december 2009, LJN BJ9439 (Prisma c.s./verweerders) vernietigt de Hoge Raad een arrest van het Hof Leeuwarden over de verenigbaarheid van koopopties in franchiseovereenkomsten met de mededingingsregels. De vraag is of een samenwerkingsovereenkomst nietig is vanwege de schending van het kartelverbod van art. 6 van de Mededingingswet (Mw). De uitspraak van de Hoge Raad bevat informatie over de definitie van de relevante geografische markt voor franchisediensten en de beoordeling van de mededingingsbeperkende strekking van een samenstel van aanbiedingsplicht, optierechten en een postcontractueel non-concurrentiebeding. Met dit arrest komt een einde aan de onzekerheid die bestond over de vraag of conversie al dan niet verenigbaar zou zijn met de in art. 6 lid 2 Mw neergelegde absolute nietigheid van ongeoorloofde mededingingsbeperkende overeenkomsten. De Hoge Raad oordeelt dat conversie op basis van art. 3:42 Burgerlijk Wetboek (BW) niet mogelijk is, omdat dit afdoet aan de in art. 6 lid 2 Mw neergelegde absolute nietigheid van mededingingsbeperkende overeenkomsten. In deze bijdrage ga ik, na de feiten (par. 2), het procesverloop en het oordeel van de Hoge Raad te hebben besproken (par. 3), nader in op de reikwijdte van de nietigheidssanctie zoals is neergelegd in art. 101 lid 2 VWEU (voorheen art. 81 lid 2 EG) en art. 6 lid 2 Mw (par. 4).

## 2 De feiten

Prisma Vastgoed (inclusief rechtsvoorganger Flevozoom Vastgoed) heeft in 1989 een perceel gekocht en op deze locatie een supermarkt laten bouwen. Deze winkelruimte is vervolgens aan verweerders verhuurd. In het huurcontract is een koopoptie ten gunste van verweerders opgenomen. De koopoptie kan april 2001 worden uitgeoefend, onder de verplichting dat ver-

weerders bij gebruikmaking van deze optie aan Prisma Vastgoed een koopoptie verlenen voor het geval dat zij de relatie met de Prismagroep beëindigen. Verweerders hebben in december 1990 een overeenkomst gesloten om van de winkel formule van Prisma Food gebruik te kunnen maken. In september 1994 heeft Prisma Vastgoed de onroerende zaak aan verweerders verkocht en geleverd. De notarieel verleden leveringsakte bevat onder meer een optierecht tot koop en een kwalitatieve verplichting.

September 1994 hebben Prisma Food en verweerders tevens een samenwerkingsovereenkomst gesloten. Op grond van deze samenwerkingsovereenkomst exploiteren verweerders in de onroerende zaak een supermarkt volgens de door Prisma Food (voorheen Flevozoom Food) ontwikkelde 'Golf formule'. Deze formule bestaat uit de combinatie van een huisstijl, het voeren van een bepaald assortiment, prijsstelling en reclamebeleid. Nadat verweerders de eigendom van de onroerende zaak hebben verworven, kopen ze nog een aangrenzend perceel van derden en realiseren daar een uitbreiding van de supermarkt.

Begin 2003 zeggen verweerders de samenwerkingsovereenkomst per september 2004 op. Verweerders treden op grond van de verplichting in de samenwerkingsovereenkomst in onderhandeling over de verkoop van de supermarkt, maar deze onderhandelingen leiden niet tot overeenstemming. Verweerders doen vervolgens een beroep op de nietigheid van de samenwerkingsovereenkomst (waaronder het postcontractuele non-concurrentiebeding) wegens strijd met het verbod op mededingingsbeperkende afspraken in de zin van art. 6 Mw. Prisma bestrijdt dat van strijd met het mededingingsrecht sprake is en verlangt nakoming van het optiebeding zoals dat in de notarieel verleden leveringsakte en de samenwerkingsovereenkomst is vervat. Nadat de samenwerkingsovereenkomst is opgezegd, spreken partijen af dat de overeenkomst

\* Mr. E.-J. Zippro is universitair docent burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden.

gedurende de looptijd van de civielrechtelijke procedure feitelijk wordt gecontinueerd.

### 3 Procesverloop en oordeel van de Hoge Raad

Anders dan de rechtbank oordeelt het hof dat het samenstel van aanbiedingsplicht, optierechten en postcontractueel non-concurrentiebeding in strijd is met art. 6 lid 1 Mw. Tegen het arrest van het hof hebben Prisma c.s. beroep in cassatie ingesteld. Verweerders concluderen tot verwerping van het beroep. De conclusie van advocaat-generaal (A-G) Keus strekt tot vernietiging en verwijzing. De Hoge Raad beoordeelt vervolgens de in het cassatiemiddel naar voren gebrachte klachten betreffende: (a) het merkbaarheidsvereiste en de bepaling van de relevante markt, (b) de mededingingsbeperkende strekking, (c) het per brief eenzijdig laten vallen van het concurrentieverbod, (d) conversie en (e) partiële nietigheid.

#### 3.1 *Het merkbaarheidsvereiste en de bepaling van de relevante markt*

Het hof heeft als relevante productmarkt aangemerkt de markt voor de verkoop van franchisediensten aan zelfstandige supermarktondernemers. Dit oordeel is in cassatie niet bestreden. Daarnaast heeft het hof geoordeeld dat de relevante geografische markt voor de verkoop van die diensten hier samenvalt met de geografische markt voor de verkoop van dagelijkse consumptiegoederen via supermarkten. Dit is een markt waarvoor volgens de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) in een plaats van minder dan 50.000 inwoners geldt dat de consument bereid is 15 minuten te reizen voor een bezoek aan een supermarkt (ongeveer 10 kilometer rijden in de auto).

Vervolgens oordeelt het hof dat de relevante geografische markt voor de verkoop van franchisediensten aan supermarkten hier samenvalt met de relevante geografische markt voor de verkoop van dagelijkse consumptiegoederen via supermarkten. Anders dan Prisma c.s. hebben betoogd, is het volgens het hof geen nationale markt, nu het niet gaat om concentratietoezicht, maar om enerzijds de mogelijkheid voor een supermarktketen om een vestiging te openen in de desbetreffende plaats en anderzijds de mogelijkheid voor verweerders als supermarkeigenaar om van formule te kunnen veranderen.

De Hoge Raad oordeelt dat het oordeel van het hof – dat het feit dat het hier niet gaat om concentratietoezicht meebrengt dat de relevante geografische markt anders dient te worden afgebakend dan in geval van een mogelijke overtreding van art. 6 Mw – blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting (r.o. 3.4.3). De Hoge Raad oordeelt vervolgens dat – anders dan het hof heeft geoordeeld – noch de mogelijkheid van een supermarktketen om een vestiging te openen in het desbetreffende verzorgingsgebied noch de mogelijkheid voor verweerder(s) als supermarkeigenaar om van formule te veranderen bij die afbakening ter zake doet, nu immers onder de relevante geografische markt te verstaan is het gebied waarbinnen de betrokken ondernemingen een rol spelen in de vraag naar en het aanbod van goederen en diensten, waarbinnen de concurrentievoorwaarden voldoende homogeen zijn en dat van aan-

grenzende gebieden kan worden onderscheiden doordat daar duidelijk andere concurrentievoorwaarden heersen.

In cassatie wordt vervolgens geklaagd dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat aan het merkbaarheidsvereiste is voldaan nu de gezamenlijke omzet van verweerders en Prisma c.s. de door art. 7 Mw bepaalde drempelwaarde overschrijdt. Hoewel in het onderdeel terecht wordt betoogd dat art. 7 Mw niet ziet op het merkbaarheidsvereiste, berust het volgens de Hoge Raad op een verkeerde lezing van genoemde rechtsoverweging. Bedoeld is dat het optierecht (het samenstel van aanbiedingsplicht, optierechten en postcontractueel non-concurrentiebeding) in elk geval niet op grond van de bagatelregeling van art. 7 Mw buiten de verbodsbepaling van art. 6 Mw valt. Het onderdeel kan daarom volgens de Hoge Raad wegens gemis aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden.

Het onderdeel dat klaagt dat het hof is voorbijgegaan aan de stellingen van Prisma c.s. die erop neerkomen dat het optierecht niet door het verbod van art. 6 Mw wordt getroffen omdat dit recht vanwege de zwakke positie van de betrokkenen op de desbetreffende markt de concurrentie niet in mededingingsrechtelijk relevante mate beperkt, kan als berustende op een verkeerde lezing van het bestreden arrest volgens de Hoge Raad niet tot cassatie leiden. In de vaststelling dat het aantal supermarkten in de regio beperkt is, ligt besloten dat naar het oordeel van het hof van een zwakke positie van betrokkenen op de door het hof in aanmerking genomen markt geen sprake is.

De vraag of de relevante geografische markt niet een regionale maar een nationale markt is, laat de Hoge Raad onbeantwoord, nu die kwestie naar zijn oordeel thans geen behandeling behoeft en na verwijzing opnieuw aan de orde kan komen (r.o. 3.4.8).

#### 3.2 *De mededingingsbeperkende strekking*

De Hoge Raad gaat vervolgens nader in op de mededingingsbeperkende strekking (r.o. 3.5.1-3.5.3). Het hof heeft geoordeeld dat het optierecht de strekking heeft de concurrentie te beperken op de markt voor de verkoop van franchisediensten aan zelfstandige supermarktondernemers. Het optierecht maakt het volgens het hof bijkans onmogelijk dat de supermarkt van verweerders in de desbetreffende plaats zich zonder instemming van Prisma c.s. kan aansluiten bij een concurrerende supermarktformule. Het oordeel dat het optierecht een mededingingsbeperkende strekking heeft, kan volgens de Hoge Raad niet in stand blijven nu de klachten tegen het oordeel dat de relevante geografische markt voor de verkoop van franchisediensten hier samenvalt met de relevante geografische markt voor de verkoop van dagelijkse consumptiegoederen via supermarkten zijn geslaagd. Volgens de Hoge Raad moet de vraag of sprake is van een overeenkomst met een mededingingsbeperkende strekking beantwoord worden aan de hand van (onder meer) de structuur van de relevante markt.

Na verwijzing zal het hof in het licht van de inhoud en de juridische en economische context van het optierecht opnieuw moeten onderzoeken of dit de mededinging op de nog nader in geografisch opzicht af te bakenen markt voor de

verkoop van franchisediensten aan zelfstandige supermarktondernemers concreet en in voldoende mate kan verhinderen, beperken of vervalsen.

### *3.3 Het per brief eenzijdig laten vallen van het concurrentieverbod teneinde een beroep op de nietigheid te frustreren*

Prisma c.s. hebben zich verweerd door te stellen dat het postcontractuele concurrentieverbod bij de beoordeling van de rechtsgeldigheid van het contract niet ter zake doet, omdat Prisma c.s. dit concurrentieverbod per brief hebben laten vallen. Deze brief is door Prisma c.s. echter geschreven in reactie op het intropen van de nietigheid van de samenwerkingsovereenkomst door verweerders. Het hof heeft het verweer afgewezen. Het onderdeel dat zich in cassatie richt tegen het oordeel van het hof faalt. Volgens de Hoge Raad geeft het oordeel van het hof – dat erop neerkomt dat Prisma c.s. met de brief slechts beoogden een beroep van verweerders op de nietigheid van het optierecht te vrijdelen en dat de brief slechts dan tot afstand van het aan Prisma c.s. ter zake van dat verbod toekomende vorderingsrecht zou hebben geleid als verweerders met die afstand zouden hebben ingestemd – niet blijk van een onjuiste opvatting omtrent het bepaalde in art. 6:160 BW (afstand vorderingsrecht) en behoeft het ook geen nadere motivering (r.o. 3.6.2).

### *3.4 Conversie*

Het hof oordeelt dat het effect van het optiebeding in strijd is met het mededingingsrecht. Een vervangende bepaling met het effect dat verweerders niet naar een andere supermarktorganisatie kunnen overstappen, is naar het oordeel van het hof dan ook evenzeer in strijd met art. 6 Mw. Art. 7.2 van de samenwerkingsovereenkomst – dat partijen opdraagt om overeenstemming te bereiken over een vervangende bepaling die zo veel mogelijk hetzelfde effect heeft – kan Prisma c.s. volgens het hof dan ook niet baten. Conversie in een minder vergaande maatregel die nog binnen de grenzen van het toelaatbare zou liggen, wijst het hof ook af. Volgens het hof is de absolute nietigheidsbepaling van art. 6 lid 2 Mw bedoeld om preventief aan ongeoorloofde beperkingen van de mededinging een einde te maken. Die prikkel wordt volgens het hof voor een belangrijk deel weggenomen wanneer de door Prisma c.s. voorgestane conversie wordt toegestaan en de belanghebbende partij hooguit het risico loopt dat de niet geoorloofde bepaling wordt omgezet in een bepaling die nog net binnen de grenzen van art. 6 Mw valt. Volgens het hof zal de ‘civiele handhaving van het mededingingsrecht tot een weinig effectief middel verworpen, hetgeen niet de bedoeling van de wetgever is (...)’.

In cassatie wordt geklaagd over het feit dat het oordeel van het hof – dat voor toepassing van conversie op de voet van art. 3:42 BW geen ruimte is in het geval van nietigheid op grond van art. 6 lid 2 Mw – onjuist is, althans onbegrijpelijk en ontoereikend gemotiveerd. Het onderdeel faalt nu de Hoge Raad oordeelt (r.o. 3.7.2) dat het hof terecht heeft geoordeeld dat ‘toepassing van art. 3:42 BW onverenigbaar is met de op uitbanning van ongeoorloofde concurrentiebeperkende over-

eenkomsten gerichte, in art. 6 lid 2 Mw neergelegde absolute nietigheid’. Wel laat de Hoge Raad de mogelijkheid open dat partijen zich op voorhand verbinden om ingeval hun overeenkomst op grond van art. 6 lid 2 Mw nietig is, alsnog een overeenkomst te sluiten waarmee zo veel mogelijk hetzelfde effect wordt bereikt, maar die wel binnen de grenzen van het mededingingsrechtelijk toelaatbare ligt.

### *3.5 Partiële nietigheid*

Het hof heeft onderzocht welke onderdelen van de koopovereenkomst door de uitgesproken nietigheid worden getroffen (partiële nietigheid). In cassatie wordt volgens de Hoge Raad terecht aangevoerd (onderdeel E) dat nu het voorgaande tot vernietiging en verwijzing leidt, het oordeel van het hof – dat zowel de verplichting om bij (reguliere) beëindiging van de samenwerkingsovereenkomst aan Prisma Vastgoed een optierecht op de onroerende zaak te geven, als de kwalitatieve verplichting van art. 7 van de akte van levering door nietigheid op grond van art. 6 lid 2 Mw wordt getroffen – niet in stand kan blijven (r.o. 3.8).

De Hoge Raad vernietigt conform de conclusie van A-G Keus het arrest van het Hof Leeuwarden van 7 november 2007 en verwijst het geding naar het Hof Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing.

## **4 Nadere analyse van de reikwijdte van de nietigheidssanctie van art. 101 lid 2 VWEU en art. 6 lid 2 Mw**

### *4.1 Inleiding*

Met het onderhavige arrest van de Hoge Raad komt een einde aan de onzekerheid die bestond over de vraag of conversie al dan niet verenigbaar zou zijn met de absolute nietigheid van ongeoorloofde mededingingsbeperkende overeenkomsten in de zin van art. 6 lid 2 Mw. Naar aanleiding van de onderhavige uitspraak ga ik voor de partiële nietigheid en conversie nader in op de reikwijdte van de nietigheidssanctie van art. 101 lid 2 VWEU en art. 6 lid 2 Mw.<sup>1</sup> De nadruk ligt daarbij op de nietigheidssanctie van art. 101 lid 2 VWEU, nu de nietigheidssanctie van art. 6 lid 2 Mw daar direct op is gebaseerd. Ik begin met een bespreking van het absolute karakter van de nietigheid (par. 4.2). Vervolgens komen de partiële of gedeeltelijke nietigheid (par. 4.3) en de (on)mogelijkheid tot conversie aan bod (par. 4.4).<sup>2</sup>

1. Deze bespreking vormt een bewerking van een deel van par. 2.3.3.3 van mijn dissertatie. Zie E.-J. Zippo, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009.
2. Ik besteed in deze bijdrage geen aandacht aan de terugwerkende kracht van de nietigheidssanctie, tijdelijke of voorbijgaande nietigheid en voortbouwende overeenkomsten. Wat deze onderwerpen betreft, verwijs ik naar par. 2.3.3.3 van mijn dissertatie. Zie Zippo 2009, p. 64-81. Zie over voortbouwende overeenkomsten ook I.P.M. Ligteringen, *Privaatrechtelijke rechtsgevolgen van het Europees kartelverbod voor voortbordurende rechtshandelingen*, WPNR 6783 (2009), p. 76-87.

#### 4.2 Het absolute karakter van de nietigheid van rechtswege

Mededingingsrecht wordt vaak als schild ingeroepen teneinde onder een overeenkomst (of een of meer bepalingen daarvan) uit te komen door een beroep te doen op de nietigheid van de contractuele verbintenis wegens strijd met de mededingingsregels. Dit wordt wel de defensieve privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht genoemd.<sup>3</sup> De krachtens het eerste lid van art. 101 VWEU verboden overeenkomsten of besluiten, die niet vallen onder de uitzondering van het derde lid van art. 101 VWEU, zijn van rechtswege nietig volgens het tweede lid van art. 101 VWEU. Een soortgelijke bepaling staat in het tweede lid van art. 6 Mw.<sup>4</sup> De uit art. 101 lid 2 VWEU voortvloeiende nietigheid is een bijzondere vorm van nietigheid. Art. 101 lid 2 VWEU hevelt namelijk een begrip uit het burgerlijk recht over naar het EU-werkingsverdrag.<sup>5</sup> De krachtens het eerste lid van art. 101 VWEU verboden overeenkomsten of besluiten, die niet vallen onder de uitzondering van het derde lid van art. 101 VWEU, zijn van rechtswege nietig volgens het tweede lid van art. 101 VWEU.

Hoewel de nietigheid van art. 101 lid 2 VWEU verwant is aan het in de lidstaten voorkomende begrip nietigheid, staat de nietigheid van art. 101 lid 2 VWEU op zichzelf en kent het een eigen invulling.<sup>6</sup> De op het kartelrecht zelf berustende nietigheid brengt mee dat men niet toekomt aan de vraag of art. 3:40 BW van toepassing is.<sup>7</sup>

In de jurisprudentie van het HvJ EU is het begrip nietigheid nader uitgewerkt. In het Beguelin-arrest heeft het HvJ EG<sup>8</sup> verklaard dat de nietigheid ex art. 101 lid 2 VWEU een absoluut karakter heeft en dat een krachtens deze bepaling nietige overeenkomst zonder effect blijft in de verhouding tussen de contractpartijen.<sup>9</sup>

#### 4.3 Partiele of gedeeltelijke nietigheid

Geldt de nietigheid van een overeenkomst ex art. 101 lid 2 VWEU voor de gehele overeenkomst of betreft het alleen de delen van de overeenkomst die in strijd zijn met art. 101 lid 1

VWEU?<sup>10</sup> In het Société Technique Minière-arrest heeft het HvJ EG bepaald dat de in art. 101 lid 2 VWEU bedoelde nietigheid van rechtswege slechts de bepalingen van de overeenkomst treft die met het kartelverbod van art. 101 lid 1 VWEU onverenigbaar zijn.<sup>11</sup> De gevolgen van deze nietigheid voor alle andere onderdelen van de overeenkomst worden niet door het EU-recht beheerst. Hetzelfde geldt voor eventuele op basis van een dergelijke overeenkomst geplaatste bestellingen en verrichte leveringen, alsmede voor de daaruit voortvloeiende betalingsverplichtingen.

Het HvJ EG heeft in de zaak Grundig-Consten bepaald dat 'de nietigheid van rechtswege slechts geldt – hetzij voor de verschillende onderdelen van de door het verbod getroffen overeenkomst, dan wel voor de overeenkomst in haar geheel – indien deze delen met de overeenkomst zelve een onverbreekelijk geheel vormen'.<sup>12</sup>

De nietigheid van rechtswege, zoals is neergelegd in het tweede lid van art. 101 VWEU, betreft dan ook alleen de met het eerste lid van art. 101 VWEU onverenigbare bedingen.<sup>13</sup> Het gevolg is dat de andere delen van de overeenkomst niet worden getroffen door de uit het EU-werkingsverdrag voortvloeiende nietigheid.

De nationale rechter moet volgens zijn nationale recht, binnen de grenzen die gesteld zijn door het HvJ EG, bepalen of het restant van de overeenkomst in stand blijft.<sup>14</sup> Zie voor het Nederlandse recht art. 3:41 BW (partiele nietigheid).<sup>15</sup> Art. 3:41 BW bepaalt dat indien een grond van nietigheid slechts een deel van een rechtshandeling betreft, deze voor het overige in stand blijft, voor zover dit, gelet op inhoud en strekking van de handeling, niet in onverbreekelijk verband met het nietige deel staat. De gevolgen van de nietigheid dienen dus door de nationale rechter naar nationaal recht te worden beoordeeld.<sup>16</sup>

In het Brasserie de Haecht II-arrest heeft het HvJ EG bepaald dat geen nadere beslissing vereist is voor het intreden

3. Met de offensieve privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht wordt dan bedoeld op de zwaarden van schadevergoeding (op grond van een actie uit onrechtmatige daad of ongerechtvaardigde verrijking), het rechterlijk verbod en gebod en ongedaanmaking (op grond van een actie uit onverschuldigde betaling). Zie Zippo 2009, p. 4.
4. De nietigheidssanctie zoals neergelegd in art. 81 lid 2 EG en art. 6 lid 2 Mw is naar Nederlands recht overbodig, nu de nietigheid reeds voortvloeit uit art. 3:40 lid 1 en 2 BW en art. 2:14 BW. De nietigheidssanctie van art. 81 lid 2 EG heeft echter een eigen invulling die niet per definitie overeenkomt met het nationale begrip nietigheid. Zie voor een nadere uitwerking bijvoorbeeld Zippo 2009, p. 64-81; J.F. Appeldoorn, Eenheid in verscheidenheid (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 135.
5. Appeldoorn 2004, p. 135.
6. Appeldoorn 2004, p. 135.
7. Zie ook M.R. Mok in zijn annotatie onder HR 3 december 2004, NJ 2005, 118 (Vreugdenhil/BVH), sub 2.
8. Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon is de naam van het HvJ EG gewijzigd in HvJ EU. Bij de behandeling van uitspraken die zijn gewezen voor de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon blijft ik de naam HvJ EG hanteren.
9. HvJ EG 25 november 1971, zaak 22/71 (Beguelin), Jur. 1971, p. 949.

10. HvJ EG 30 juni 1966, zaak 56/65 (Société Technique Minière), Jur. 1966, p. 392.
11. HvJ EG 30 juni 1966, zaak 56/65 (Société Technique Minière), Jur. 1966, p. 392. Vgl. ook de conclusie van de A-G Roemer die nader ingaat op de door Société Technique Minière verdedigde gedachte van de totale nietigheid van de overeenkomst.
12. HvJ EG 13 juli 1966, gevoegde zaken 56/64 en 58/64 (Grundig-Consten), Jur. 1966, p. 449. Zie ook HvJ EG 30 juni 1966, zaak 56/65 (Société Technique Minière), Jur. 1966, p. 392. Vgl. art. 3:41 BW betreffende de partiele nietigheid waar ook wordt gesproken van een 'onverbreekelijk verband'.
13. HvJ EG 30 juni 1966, zaak 56/65 (Société Technique Minière), Jur. 1966, p. 392.
14. HvJ EG 14 december 1983, zaak 319/82 (Société de Vente de Ciments et Bétons), Jur. 1983, p. 4173. Zie ook Appeldoorn 2004, p. 136.
15. Zie over partiele nietigheid ook Jac. Hijma, Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988, p. 251-294 en A.C. van Schaick, Contractsvrijheid en nietigheid, Zwolle: Tjeenk Willink 1994, p. 269-275. Van Schaick wijst op het feit dat de term partiele nietigheid niet deugt, nu niet de nietigheid partieel is, maar de rechtshandeling partieel volledig nietig is. Het bijvoeglijk naamwoord partieel zegt dan ook niets over het zelfstandig naamwoord nietigheid. Het gaat om een partieel nietige rechtshandeling. Van Schaick 1994, p. 269.
16. HvJ EG 14 december 1983, zaak 319/82 (Société de Vente de Ciments et Bétons/Kerpen & Kerpen), Jur. 1983, p. 4173.



van de nietigheid.<sup>17</sup> De nationale rechter velt slechts een declaratoir vonnis en geen constitutief vonnis ingeval hij art. 101 lid 2 VWEU van toepassing acht.<sup>18</sup> De bevoegdheid om een overeenkomst al dan niet gedeeltelijk nietig te verklaren, is en blijft een exclusieve taak van de nationale rechter.<sup>19</sup> De Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten hebben deze bevoegdheid niet. Uiteraard kunnen de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten wel een overtreding van de mededingingsregels vaststellen. De rechter en partijen kunnen daar vervolgens aan gebonden zijn.<sup>20</sup>

#### 4.4 *Conversie van de nietige rechtshandeling*

De rechter kan een nietige rechtshandeling geheel of gedeeltelijk converteren in een geoorloofde rechtshandeling ex art. 3:42 BW. Daarbij moet worden aangetekend dat conversie niet is toegestaan wanneer dat onredelijk is jegens de derdenbelanghebbenden. Een overeenkomst die verboden is op grond van het kartelverbod en gevolgen voor derden heeft, zal dan ook niet snel voor conversie in aanmerking komen.<sup>21</sup> Samkalden pleit er dan ook voor dat deze derden in de gelegenheid moeten worden gesteld hun belang naar voren te brengen voordat tot conversie wordt besloten.<sup>22</sup> Deze conclusie lijkt mij juist, maar voordat aan deze fase wordt toegekomen, dient eerst nog de vraag te worden beantwoord of het Europees recht überhaupt ruimte biedt voor conversie van een nietige overeenkomst.

Mok is van mening dat conversie ‘alleen betrekking [heeft] op nietigheid die op grond van het BW door nietigheid van rechtswege of door vernietiging is ingetreden en dus niet op nietigheid uit andere hoofde, m.n. op grond van het mededingingsrecht’.<sup>23</sup> Daarbij wijst Mok op het oordeel van het HvJ EG in het Béguelin-arrest dat een krachtens art. 101 lid 2 VWEU nietige overeenkomst zonder effect blijft in de verhouding tussen de contractpartijen en niet aan derden kan worden tegengeworpen, gelet op het absolute karakter van de bedoelde nietigheid.<sup>24</sup> Nu het HvJ EG dit oordeel in het Société de Vente de Ciments et Bétons-arrest heeft herhaald

en daaraan heeft toegevoegd dat de nietigheid van rechtswege slechts de bepalingen van de overeenkomst treft die met art. 101 lid 1 VWEU onverenigbaar zijn, concludeert Mok dat de contractbepalingen die onverenigbaar zijn met art. 101 lid 1 VWEU niet door het nationale recht worden beheerst, zodat ook de conversiebepalingen van het nationale recht niet van toepassing zijn.<sup>25</sup>

In zijn noot onder het Vreugdenhil/BVH-arrest wijst Mok conversie in de zin van art. 3:42 BW ook af.<sup>26</sup> Mok schrijft:

‘De bedingen die in strijd zijn met het kartelverbod zijn absoluut nietig. De nietigheidsbepaling van artikel 81, lid 2, is “bestemd om eerbiediging van het Verdrag te verzekeren”. Het doel is dus (mede) preventie. Dat doel zou echter worden gemist als het civielrechtelijke risico van concurrentiebeperking slechts conversie in een toelaatbare rechtshandeling zou zijn. Art. 3:42 BW is derhalve op rechtshandelingen die nietig zijn op grond van art. 81, lid 2, van het EG-verdrag of art. 6, lid 2, Mw niet van toepassing.’

De Hoge Raad lijkt deze visie in het nu gewezen Prisma c.s./verweerders-arrest te volgen. Eerder werd deze lijn in de lagere rechtspraak ook verscheidene malen gevolgd.<sup>27</sup> Zo staat in een zaak voor Rechtbank Den Bosch een concurrentiebeding van vijf jaar in een koopovereenkomst ter discussie.<sup>28</sup> De rechtbank stelt vast dat er sprake is van een strekkingsbeding waarmee weliswaar een legitiem doel wordt nagestreefd, maar dat niet proportioneel is, omdat de beschermingstermijn van vijf jaar verder strekt dan strikt noodzakelijk is voor het bereiken van dat legitieme doel. Indien de merkbaarheid van dit beding komt vast te staan, is er volgens de rechtbank sprake van een beding dat ingevolge art. 6 lid 2 Mw van rechtswege nietig is. Conversie van het non-concurrentiebeding van vijf jaar tot twee jaar kan volgens de rechtbank niet worden toegestaan. De rechtbank overweegt (r.o. 4.31):

‘Op grond van artikel 3:42 BW kan de rechter in bepaalde gevallen een nietige rechtshandeling omzetten in een rechtsgeldige rechtshandeling. Op bedoelde mogelijkheid van conversie is door Heijmans geen uitdrukkelijk beroep gedaan en de rechtbank is met [gedaagde] van oordeel dat conversie hier ook niet aan de orde kan zijn. Artikel 6 Mw strekt immers tot bescherming van de markt, en niet tot bescherming van de partijen bij de mededingingsbeperkende overeenkomst. Het doel van artikel 6 Mw is om te voorkomen dat door ondernemingen overeenkomsten worden gesloten die de mededinging beperken. De absolute nietigheidssanctie van artikel 6 lid 2 Mw is bedoeld om partijen

17. HvJ EG 6 februari 1973, zaak 48/72 (Brasserie de Haecht), Jur. 1973, p. 77.

18. Appeldoorn 2004, p. 135. Appeldoorn wijst terecht op het feit dat een andere beslissing moeilijk in overeenstemming zou zijn te brengen met het feit dat aan art. 81 lid 2 EG rechtstreekse werking toekomt. Zie HvJ EG 30 januari 1974, zaak 127/73 (BRT/SABAM), Jur. 1974, p. 51.

19. Deze bevoegdheid komt ook de arbiter toe in een arbitrageprocedure. Zie Zippro 2009, p. 304.

20. Zie voor de binding van de nationale rechter aan een besluit van de Commissie of de nationale mededingingsautoriteiten Zippro 2009, p. 616-636.

21. Zie ook Hof Arnhem 7 maart 2000, rolnr. 97/487 (Oude Luttikhuis e.a./Coberco). In dit arrest oordeelde het hof dat art. 81 lid 2 EG naar zijn aard geen ruimte laat voor conversie. Het ging hier om de nietigheid van een uittreedsregeling van een coöperatie. Zie ook W. Knibbeler & C.E. Schillemans, Rechtspraak over de Mededingingswet in 2000, M&M 2001, p. 178 e.v.

22. D. Samkalden, Handhaving Mededingingswet, in: P.J. Slot & Ch.R.A. Swaak (red.), De Nederlandse Mededingingswet in perspectief (Mededingingsmonografieën-1), Deventer: Kluwer 2000, p. 203 e.v.

23. M.R. Mok, Kartelrecht I, Nederland, de Mededingingswet, Deventer: Kluwer 2004, p. 175.

24. HvJ EG 25 november 1971, zaak 22/71 (Béguelin), Jur. 1971, p. 949.

25. HvJ EG 14 december 1983, zaak 319/82 (Société de Vente de Ciments et Bétons/Kerpen & Kerpen), Jur. 1983, p. 4173.

26. HR 3 december 2004, NJ 2005, 118 m.nt. MRM (Vreugdenhil/BVH).

27. Zie voor een overzicht van Nederlandse lagere rechtspraak L.E.J. Korsten & M. van Wanroij, Nederlands mededingingsrecht, Deventer: Kluwer 2008, p. 331, voetnoot 20.

28. Rb. Den Bosch 28 maart 2007, LJN BA2126 (Heijmans/Nederveen).

te stimuleren om aan ongeoorloofde beperkingen van de mededinging een einde te maken. Die prikkel wordt voor een belangrijk deel weggenomen wanneer conversie wordt toegestaan en partijen hooguit het risico lopen dat hun niet geoorloofde overeenkomst wordt omgezet in een overeenkomst die nog net binnen de grenzen van artikel 6 Mw valt.’

Een in 2008 gewezen arrest van het Hof Leeuwarden volgt dezelfde lijn. Het Hof Leeuwarden acht in een zaak betreffende een minimumafnameverplichting in een franchiseovereenkomst die verder gaat dan wat volgens het Samenwerkingsbesluit Detailhandel (60%) of Verordening 2790/1999 (80%) is vrijgesteld van het kartelverbod, de minimumafnameverplichting nietig op grond van art. 6 lid 2 Mw.<sup>29</sup> Conversie van het ongeoorloofde beding in een nog toelaatbare afnameverplichting werd door het hof van de hand gewezen, omdat daarmee de prikkel verdwijnt geoorloofde afspraken te maken en de meest belanghebbende partij bij een beding anders enkel het risico loopt van een conversie. Dat verdraagt zich niet met de absolute nietigheidsbepaling in de Mededingingswet, aldus het Hof Leeuwarden. Het hof overweegt (r.o. 11):

‘Dat een afnameverplichting voor een lager percentage (60% als verwoord in het hiervoor vermelde Samenwerkingsbesluit Detailhandel dan wel 80% als opgenomen in artikel 1b van Verordening EG nr. 2790/1999, de groeps-vrijstellingsverordening verticalen) wel is toegelaten, betekent niet dat een dergelijk lager percentage van rechtswege in de franchiseovereenkomst is opgenomen zonder dat partijen daartoe overeenstemming hebben bereikt. Voor conversie van artikel 13.4 van de franchiseovereenkomst in een minder vergaande maatregel, die nog binnen de grenzen van het toelaatbare zou liggen, acht het hof – gelet op de aard van het bewuste nietigheidsvoorschrift en het stelsel van de wettelijke regeling waarvan dat voorschrift deel uitmaakt – geen ruimte aanwezig. De absolute nietigheidsbepaling, verwoord in lid 2 van artikel 6 Mw, is immers bedoeld om – preventief – aan ongeoorloofde beperkingen van de mededinging een einde te maken. Die prikkel wordt voor een belangrijk deel weggenomen wanneer een verboden bepaling wordt geconverteerd in een nog juist toelaatbare bepaling, nu de belanghebbende partij ten aanzien van het stipuleren van eventueel ongeoorloofde beperkingen van de mededinging in dat geval geen ander risico loopt dan dat van bedoelde conversie, zoals het hof ook heeft overwogen in zijn arrest van 7 november 2007, LJN BB8288 (Slager/Prisma).’

In de zaak Brocacef/FGC wordt door A-G Keus een minder stellig standpunt ingenomen.<sup>30</sup> Het gaat in Brocacef/FGC om de afwikkeling van een tussen partijen tot stand gekomen afnameovereenkomst. Aan deze afnameovereenkomst is feite-

lijk nooit uitvoering gegeven. De overeenkomst is al snel door FGC eenzijdig beëindigd en Brocacef zou reeds in verzuim zijn geweest. In het principale beroep komt onder andere de vraag aan de orde of de overeenkomst op grond van art. 81 lid 2 EG (thans art. 101 lid 2 VWEU) nietig was en of een dergelijke nietigheid ruimte biedt voor partiële nietigheid of conversie. A-G Keus heeft in zijn conclusie voor HR 23 maart 2007, NJ 2007, 176 (Brocacef/FGC) verdedigd dat met conversie kan worden bewerkstelligd dat slechts met art. 81 EG verenigbare rechtsgevolgen intreden en dat in verband daarmee de vraag rijst of conversie per se op gemeenschapsrechtelijke (na inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon EU-rechtelijke) bezwaren stuit. Daarbij is volgens A-G Keus van belang dat het HvJ EG in zijn rechtspraak een met de partiële nietigheid van art. 3:41 BW vergelijkbare regel heeft ontwikkeld, door te oordelen dat de nietigheid van rechtswege slechts de bepalingen van de overeenkomst treft die onverenigbaar met art. 81 lid 1 EG zijn, tenzij de overige bepalingen daarmee een onverbrekelijk geheel vormen. Het verschil tussen conversie en partiële nietigheid is zijns inziens betrekkelijk en de nationale dogmatiek begrenst beide rechtsfiguren op vergelijkbare wijze wat het risico dat partijen de grenzen van het toelaatbare opzoeken of overschrijden betreft. A-G Keus denkt dat door conversie juist recht wordt gedaan aan de strekking van art. 101 lid 2 VWEU. Hij sluit dan ook niet uit dat het HvJ EG een op de conversie van art. 3:42 BW gelijkende regel zal ontwikkelen.

In zijn latere conclusie voor HR 18 december 2009, LJN BJ9439 (Prisma c.s./verweerders) concludeert A-G Keus toch dat voor wettelijke conversie geen plaats is als de betrokken bedingen naar hun strekking de mededinging beperken.

‘De “vervangende” geldige rechtshandeling dient immers naar haar strekking met de nietige rechtshandeling vergelijkbaar te zijn en dient partijen te verschaffen hetgeen zij blijkens hun nietige rechtshandeling in economisch opzicht wilden bereiken. Een toelaatbaar alternatief voor een naar haar strekking met de mededingingsregels strijdige en deswege nietige bepaling laat zich althans binnen het kader van art. 3:42 BW niet denken’, aldus A-G Keus.

Wel blijkt uit zijn conclusie dat hij het onjuist zou vinden als het hof wettelijke conversie van een op grond van art. 6 lid 2 Mw nietige overeenkomst categorisch zou hebben uitgesloten.<sup>31</sup>

De advocaat-generaal lijkt – hoewel dat niet met zoveel woorden wordt gezegd in zijn conclusie – wat conversie betreft een onderscheid te maken tussen bedingen met een mededingingsbeperkende strekking (geen plaats voor conversie) en bedingen met een mededingingsbeperkend gevolg (voor conversie zou eventueel plaats kunnen zijn). Dit lijkt ook te volgen uit zijn eerdere conclusie voor HR 23 maart 2007, NJ 2007, 176 (Brocacef/FGC).<sup>32</sup> Wel moet daarbij de

29. Hof Leeuwarden 30 januari 2008, LJN BC3424 (Mittra/Franchisener).

30. HR 23 maart 2007, NJ 2007, 176 (Brocacef/FGC).

31. Zie de conclusie van A-G Keus voor HR 18 december 2009, LJN BJ9439 (Prisma c.s./verweerders), sub 2.50.

32. Zie voetnoot 17 van de conclusie van A-G Keus.

kanttekening worden gemaakt dat het ook ten aanzien van een naar haar gevolgen mededingingsbeperkende overeenkomst veelal niet eenvoudig zal zijn een toelaatbaar alternatief met een voldoende vergelijkbare strekking te vinden. In het kader van het strekkingsonderzoek van art. 3:42 BW dienen namelijk de door partijen met de oorspronkelijke (nietige) rechtshandeling nagestreefde feitelijke, maatschappelijke en economische doeleinden te worden vergeleken met de alternatieve wel geldige rechtshandeling.

De onderhavige uitspraak van de Hoge Raad geeft voor het onderscheid in de mogelijkheid tot conversie tussen bedingen met een mededingingsbeperkende strekking (geen conversie) en bedingen met een mededingingsbeperkend gevolg (mogelijk wel conversie) geen aanleiding. Het is dan ook maar de vraag of dit onderscheid wat de mogelijkheid tot conversie van een nietige rechtshandeling betreft daadwerkelijk gemaakt mag worden.

### 5 Conclusie

Bij conversie in Europese kartelzaken gaat het om de gevolgen van een op grond van art. 101 lid 2 VWEU nietig beding. Dat is mijns inziens iets anders dan de gevolgen van niet onder het kartelverbod van art. 101 lid 1 VWEU vallende bedingen. Op grond van het *Société Technique Minière*-arrest gaat het bij de vraag of conversie in Europese kartelzaken al dan niet mogelijk is om een vraag van EU-recht en niet om een vraag van nationaal recht.<sup>33</sup> Via een prejudiciële vraag zou aan het HvJ EG kunnen worden gevraagd of conversie in overeenstemming is met de Europeesrechtelijke nietigheidssanctie in de zin van art. 101 lid 2 VWEU. Voorbeelden waarbij in de Nederlandse jurisprudentie conversie is afgewezen, zoals het geval waarin een langere proeftijd in een arbeidsovereenkomst was bedongen dan wettelijk toegestaan en het geval waarin huwelijkse voorwaarden waren gesloten zonder notariële akte of rechterlijke goedkeuring, zijn dan ook niet direct van belang voor de beantwoording van de vraag of conversie van een op grond van art. 101 lid 2 VWEU nietig beding mogelijk is.<sup>34</sup> De regels van nationaal burgerlijk recht zijn op de rechtsgevolgen van de uit art. 101 lid 2 VWEU voortvloeiende nietigheid van het daarvoor getroffen deel van de overeenkomst niet van toepassing.<sup>35</sup> Dat geldt niet alleen voor conversie, maar ook voor partiële nietigheid en bekrachtiging (art. 3:40, 3:41, 3:42 en 3:58 BW). Op de rechtsgevolgen van de nietigheid die art. 6 lid 2 Mw met zich meebrengt, zijn de regels van nationaal burgerlijk recht in beginsel wel van toepassing (anders dan bij art. 101 lid 2 VWEU).

Zolang de vraag of conversie in overeenstemming is met de in art. 101 lid 2 VWEU neergelegde Europeesrechtelijke nietigheidssanctie nog niet door het HvJ EU is beantwoord, ben ik in navolging van Mok van mening dat voor conversie geen

plaats is.<sup>36</sup> De nietigheid die art. 101 lid 2 VWEU met zich meebrengt, heeft een absoluut karakter en de mogelijkheid van conversie werkt in de hand dat partijen de grenzen van hetgeen mededingingsrechtelijk toelaatbaar is, zullen opzoeken of overschrijden.<sup>37</sup> Dit zou de afschrikkende werking van de nietigheidssanctie teniet doen. Gelet op de strekking van art. 101 lid 2 VWEU is preventie zo belangrijk dat relativeringen van de nietigheid niet snel toelaatbaar zullen zijn.<sup>38</sup> Eerder heb ik in mijn dissertatie verdedigd dat voor de nietigheid die art. 6 lid 2 Mw met zich meebrengt hetzelfde geldt, nu art. 6 lid 2 Mw volledig is gebaseerd op art. 101 lid 2 VWEU.<sup>39</sup> De uitspraak van de Hoge Raad in *Prisma c.s./verweerders* lijkt dit standpunt te bevestigen. Toepassing van art. 3:42 BW is onverenigbaar met de op uitbanning van ongeoorloofde concurrentiebeperkende overeenkomsten gerichte, in art. 6 lid 2 Mw neergelegde absolute nietigheid.

Met het onderhavige arrest komt een einde aan de onzekerheid die bestond over de vraag of conversie al dan niet verenigbaar zou zijn met de in art. 6 lid 2 Mw neergelegde absolute nietigheid van ongeoorloofde mededingingsbeperkende overeenkomsten. Uiteraard staat het de partijen wel vrij ter vervanging van de nietige overeenkomst een nieuwe overeenkomst te sluiten waaraan geen gebreken van mededingingsrechtelijke aard kleven.<sup>40</sup>

33. HvJ EG 30 juni 1966, zaak 56/65 (*Société Technique Minière*), Jur. 1966, p. 392.

34. Vgl. de genoemde voorbeelden in W.A.J. van Lierop & E.H. Pijnacker Hordijk, *Privaatrechtelijke aspecten van het mededingingsrecht* (Preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2007, p. 82.

35. Asser/Hartkamp 3-I\* (2008), nr. 28.

36. Zippro 2009, p. 74.

37. Een vergelijkbare redenering ligt ten grondslag aan de opvatting dat conversie van een onredelijk bezwarend en daarom vernietigbaar beding in algemene voorwaarden niet te snel mag worden aangenomen.

38. Asser/Hartkamp 3-I\* (2008), nr. 28.

39. Zippro 2009, p. 74.

40. HR 18 december 2009, LJN BJ9439 (*Prisma c.s./verweerders*), r.o. 3.7.1; Mok 2004, p. 175.